

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC110027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Ch. Baumann.

## Urteil vom 2. August 2011

in Sachen

A. \_\_\_\_\_,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

gegen

B. \_\_\_\_\_,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z: \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 1. Juni 2011 (FE100198)**

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Die Klägerin machte am 11. August 2010 mit Einreichung der Weisung das Scheidungsverfahren bei der Vorinstanz rechtshängig (Poststempel 10. August 2010). Aus der Weisung geht hervor, dass der Beklagte unentschuldigt nicht zur Sühnverhandlung erschienen ist, obwohl ihm die Vorladung rechtzeitig zugestellt wurde (Empfangsschein 16.07.2010; Urk. 4/1, s. auch Urk. 9). Damit steht fest, dass der Beklagte Kenntnis davon hatte, dass ein Scheidungsverfahren anhängig gemacht werden sollte oder er zumindest damit rechnen musste (vgl. ZR 86 Nr. 60). Nachdem die Vorinstanz dem Beklagten die Vorladung zur Hauptverhandlung zweimal erfolglos an die letztbekannte Adresse zugestellt hatte (Urk. 4/5), klärte sie bei der Einwohnerkontrolle C. \_\_\_\_\_ ab, dass der Beklagte sich per 31. August 2010 nach D. \_\_\_\_\_ abgemeldet hatte (Urk. 8). Die Gegenpartei erklärte, dass der Aufenthaltsort des Beklagten ihr nicht bekannt sei (Urk. 4/10).

1.2. Gemäss § 181 ZPO/ZH hat eine Partei Änderungen ihres gewöhnlichen Aufenthaltsortes während eines gerichtlichen Verfahrens unverzüglich anzuzeigen. Unterlässt sie dies, sind Zustellungen an die letztbekannte Adresse wirksam, nachdem alle anderen Zustellungsversuche erfolglos geblieben sind (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 181 N 3). Die Meldepflicht besteht im Zivilprozess von der Zustellung der Vorladung zur Sühnverhandlung an (Hauser/Schweri, a.a.O., § 181 N 2).

1.3. Erweist sich auch die Zustellung an die letzte bekannte Adresse als unmöglich, so wäre nur noch der Versuch der öffentlichen Vorladung geblieben. Zu einer solchen war die Vorinstanz, nachdem der Beklagte seinen Wohnsitzwechsel nicht angezeigt hat oder zumindest dafür gesorgt hat, dass ihm Gerichtsurkunden nachgesandt werden können, nicht verpflichtet (Hauser/Schweri, a.a.O., § 183 N 5). Insgesamt kann daher davon ausgegangen werden, dass der Beklagte ordnungsgemäss vorgeladen worden ist.

1.4. Daraufhin führte die Vorinstanz die Hauptverhandlung durch, zu welcher der Beklagte unentschuldigt nicht erschienen ist (Prot. I S. 3). Am 12. Oktober 2010

erging das vorinstanzliche Scheidungsurteil. Dieses wurde dem Beklagten zwei Mal (erfolglos) an seine letztbekannte Adresse zugestellt und galt damit in Anwendung vom § 187 Abs. 1 i.V.m. 179 Abs. 2 GVG/ZH am 8. November 2010 als zugestellt (Urk. 4/18; 4/21; 4/22). Die Frist ein begründetes Urteil zu verlangen lief am 18. November 2010 ab (Urk. 4/15 S. 4).

1.5. Am 23. November 2010 liess sich der Beklagte bei der Vorinstanz vernehmen. Er habe die Vorladung im vorliegenden Verfahren erhalten. Er sei seit dem 22. August 2010 nicht mehr in der Schweiz. Die Vorinstanz klärte den Beklagten am 25. November 2010 über den Verfahrensablauf auf und informierte ihn darüber, dass im vorliegenden Verfahren bereits mit Urteil vom 12. Oktober 2010 rechtskräftig entschieden worden sei. Sie wies den Beklagten auf die Möglichkeit eines Fristwiederherstellungsgesuches und die Möglichkeiten eines Rechtsmittels hin (Urk. 4/24 und 4/26).

1.6. Sodann wurde das Urteil vom 12. Oktober 2010 dem Beklagten an eine vom ihm genannte Adresse in E.\_\_\_\_\_ zugestellt. Mit Eingabe vom 13. Dezember 2010 verlangte der vom Beklagten zwischenzeitlich mandatierte Rechtsvertreter die Begründung des Urteils vom 12. Oktober 2010, eventualiter ein Gesuch um Wiederherstellung einer verpassten Frist. Gleichzeitig stellte er ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung (Urk. 4/28).

2. Die Vorinstanz wies das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Prozessführung sowie um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ab (Urk. 2 S. 3). Die Vorinstanz hielt fest, dass die Frist eine Begründung des Urteils zu verlangen am 18. November 2010 - mithin 20 Tage vor Eingabe des Beklagten - abgelaufen sei. Damit sei das Verlangen der Begründung des Scheidungsurteils vom 12. Oktober 2010 sowie eventualiter das Gesuch um Wiederherstellung einer verpassten Frist im Sinne von §§ 84 und 87 ZPO/ZH aussichtslos (Urk. 2). In der Folge wurde das Fristwiederherstellungsgesuch und das Begehren um Begründung des Urteils mit Verfügung vom 31. Januar 2011 abgewiesen (Urk. 4/36).

## 2. Beschwerde

2.1. Gegen die Abweisung der unentgeltlichen Rechtsführung und Rechtsvertretung erhob der Beklagte rechtzeitig Beschwerde. Er stellte folgende Beschwerdeanträge (Urk. 1):

- "1.a) Es sei dem Gesuchsteller mit Wirkung ab 13. Dezember 2010 in der Person des Unterzeichneten und zu Lasten des Staates ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen für das Verfahren FE100198/U/Kn/ca vor dem Bezirksgericht Horgen.
- b) Für das genannte Verfahren FE100198/U/Kn/ca und für die genannte Dauer sei dem Unterzeichneten eine Entschädigung in der Höhe von CHF 738.05 auszurichten. Eventualiter sei die Sache zur Festsetzung der Entschädigungshöhe an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Entschädigungsfolge auch für dieses Beschwerdeverfahren zu Lasten des Staates.
3. Dem Beschwerdeführer sei sodann das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung in diesem Beschwerdeverfahren zu Lasten des Staates zu bewilligen."

2.2. Für das vorliegende Verfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO). Das Verfahren vor Vorinstanz unterstand dem alten Recht (Art. 404 Abs. 1 ZPO), weshalb der Entscheid materiell nach altem Recht zu überprüfen ist.

2.3. Der Vertreter des Beklagten macht zusammengefasst geltend, dass er die Aussichtslosigkeit seines Begehrens nicht habe kennen können, weil er in guten Treuen habe annehmen dürfen, dass die Frist, eine Begründung zu verlangen, noch laufe. Der Beklagte habe das ihm nach E. \_\_\_\_\_ zugestellte Scheidungsurteil am 1. Dezember 2010 abgeholt. Damit wäre die Frist, eine Begründung zu verlangen, mit seiner Eingabe vom 13. Dezember 2010 gewahrt gewesen (Urk. S. 2 f.). Da der Beklagte ihn erst am 13. Dezember 2010 aufgesucht habe, sei es ihm aufgrund des zeitlichen Drucks nicht möglich gewesen, die Akten einzusehen und die Verspätung zu erkennen (Urk. S. 3).

Der Vertreter des Beklagten moniert damit in seiner Beschwerdeschrift nicht, dass das vorinstanzliche Scheidungsurteil nicht ordnungsgemäss zugestellt worden sei und die Frist, eine Begründung zu verlangen, tatsächlich bereits vor Stellung seines Gesuches abgelaufen sei. Er räumt demzufolge ein, dass sein Gesuch aussichtslos war. Er bringt lediglich vor, dass er nicht bös- oder mutwillig gehandelt

habe, sondern erst in der Retrospektive habe erkennen können, dass sein Gesuch aussichtslos gewesen sei.

Bei dieser Argumentation übersieht der Vertreter des Beklagten, dass bei der Beurteilung der Aussichtslosigkeit die Erfolgchancen der Begehren überprüft werden und nicht primär die Bös- oder Mutwilligkeit der Parteien. Dass es sich bei dem Begehren des Beklagten - da verspätet - um ein aussichtsloses Begehren handelte, bestreitet der Vertreter des Beklagten nicht.

Seine Ausführungen, dass ihm eine genaue Aktenkenntnis nicht möglich gewesen sei, hat einerseits der Beklagte selber zu verantworten, wenn er erst so kurzfristig (am letzten Tag der vermeintlichen Frist) tätig wird, und andererseits der Vertreter selber, dem es zumindest zuzumuten gewesen wäre, telefonisch mit der Vorinstanz Kontakt aufzunehmen, um sich zu erkundigen. Seine diesbezüglichen Ausführungen (Urk. 1 S. 3) zielen ins Leere. Damit ist die Beschwerde des Beklagten abzuweisen.

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolge

3.1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels Umtriebe ist der Klägerin keine Entschädigung für das Beschwerdeverfahren zuzusprechen.

3.2. Das vom Beklagten gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung ist, da das vorliegende Verfahren als aussichtslos zu gelten hat, abzuweisen.

### **Es wird erkannt:**

1. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 400.– festgesetzt.

4. Der Klägerin wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, je gegen Empfangsschein sowie an das Bezirksgericht Horgen.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 700.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 2. August 2011

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Ch. Baumann

versandt am:  
ss